Sind die Bestimmungen über das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. VI. 1931 mit dem Reichsrecht vereinbar?

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Friedrich Gaebel
Referendar

Breslau 1933

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen KG., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Helfritz.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern gewidmet'

Inhalt.

I. Rechtsnatur des Zwangsgeldes in Polizeiverordnungen
a) Stand der Meinungen 1
b) Das Zwangsgeld ist keine echte Beugestrafe . . 4
c) Das Zwangsgeld ist echte Strafe 9
d) Eingliederung des Zwangsgeldes in das Geldstrafensystem des geltenden Rechts 11

II. Unzulässigkeit der Androhung von Zwangsgeld in Polizeiverordnungen
a) Unzulässigkeit der Androhung wegen Verstoßes gegen die §§ 5 ff. EGSTGB. 16
b) Unzulässigkeit der Androhung in den Fällen der Konkurrenz mit reichsrechtlichen Strafdrohungen . 22

III. Unzulässigkeit der Festsetzung von Zwangsgeld unter Ausschluß des Rechtsweges
a) Grundsätzliche Darstellung des Umfanges der Kompetenz der Länder auf dem Gebiet des Strafprozesses . 24
b) Der Ausschluß des Rechtsweges verstößt gegen § 413 STPO. . . . . .

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

(Abgeschlossen Januar 1932.)

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 13. Auflage, Berlin 1930.

Derselbe: Das Recht des Verwaltungszwanges in Preußen, Verwaltungs-Archiv Bd. I, S. 389.

Arch. Oeff. Recht = Archiv für öffentliches Recht.

Binding: Normen II, 2. Auflage.

Bovensiepen: Deutsche Richterzeitung 1931 S. 241.

Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen Bd. II, 1. Halbband, 22. Auflage. Berlin 1932.

Cohn: Zum Preuß. Polizeiverwaltungsgesetz, Justiz, Band VII, S. 135.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

Graf zu Dohna: Beziehungen und Begrenzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht, Verwaltungs-Archiv Bd. 30, S. 233.

Drews: Preußisches Polizeirecht Bd. I, 3. Auflage, Berlin 1931.

Derselbe: Der Entwurf eines preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes, RuPrVBl. Bd. 52, S. 2 ff.

Dronsch: Zwangsgeld und Ersatzzwangsmittel in Polizeiverordnungen nach dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931, RuPrVBl. Bd. 52, S. 925.

Eichhoff: Das neue preußische Polizei-Verwaltungsgesetz. DJZ. 1931, S. 804.

Entwurf einer Strafprozeßordnung für das deutsche Reich mit Motiven und Anlagen, Berlin 1874, Verlag Fr. Kortkampf.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 18. Auflage, Tübingen 1931.

Derselbe: Studien zum Polizeistrafrecht (Giessener Universitäts-Programm 1897).

Frank: Die Ueberspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW. Bd. 18, S. 733.

Friedländer: Die Ordnungsstrafen der Reichsgesetzgebung wegen Verletzung der Dingpflicht, GS. Bd. 46, S. 417.

Friedrichs: Polizeiverordnung und Zwangsgeld, Goltd. Arch. Bd. 75, S. 321 ff.
GS. = Gerichtssaal.
Gerland: Lehrbuch des Strafprozeßrechtes, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
Goldschmidt: Das Verwaltungsstrafrecht, Berlin 1902.
Derselbe: Begriff und Aufgaben eines Verwaltungsstrafrechtes. DJZ. Bd. 7, S. 212.
Derselbe: Begriff und Aufgaben eines Verwaltungsstrafrechts. Goltd. Arch. Bd. 49, S. 71.
Derselbe: Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre. (Festgabe der juristischen Gesellschaft für Richard Koch, Berlin 1903).
Derselbe: Die Typentheorie, Gold. Arch. Bd. 54, S. 1 ff.
Derselbe: JW. Bd. 44, S. 1225.
Derselbe: Verwaltungs-Strafrecht in Oesterreich. ZStW. Bd. 31, S. 495 ff.
Goltd. Archiv = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
Grau: Vom Vorrang der Bundeskompetenzen im Bundesstaate, (in der Festschrift für Heinitz, Berlin 1926).
Haenel: Deutsches Staatsrecht, Bd. I, Leipzig 1892.
Hartmann: Ist die Einführung eines Verwaltungsstrafverfahrens durch Landesgesetz unbeschränkt zulässig? DJZ. Bd. 17, S. 682.
O. Hatschek: Studien zum österreichischen Polizeistrafrecht Goltd. Arch. Bd. 57, S. 1 ff.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Berlin 1925, Bd. 2, Berlin 1930.
Hofacker: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1919.
Derselbe: Verhältnis der Exekutiv-(Ungehorsams-Zwangs-) Strafen zu den Kriminalstrafen nach dem geltenden Recht, Verwaltungs-Archiv, Bd. 14, S. 447.
Derselbe: Ueber Verwaltungsstrafrecht, Verwaltungs-Archiv, Bd. 15, S. 404 ff.
Isaac: Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren. ZStW., Bd. 21, S. 625.
Jellinek: Verwaltungsrecht, 2. Auflage.
Derselbe: Reichsgründung- und Verwaltungsrecht, RuPrVBl. Bd. 52, S. 41.
Derselbe: Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines preu-

ßischen Polizeiverwaltungsgesetzes, RuPrVBl. Bd. 52, S. 121.
JR. = Juristische Rundschau.
JW. = Juristische Wochenschrift.
Kauffmann: Verwaltung, Verwaltungsrecht in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Auflage, Tübingen 1914. S. 688.
Kerstiens: Die preußischen Polizeireformgesetze und der Staatsrat, RuPrVBl. Bd. 52, S. 146.
Derselbe: Strafgerichtsbarkeit und preußisches Polizeiverwaltungsgesetz. DJZ. 1931, S. 1493.
Derselbe: Die Reform des Polizeirechts in Preußen, Verwaltungsarchiv, Bd. 36, S. 206.
Kempner: Der Entwurf eines Polizeiverwaltungsgesetzes. DJZ. 1931, S. 297.
Kempner: Justiz Bd. VI, S. 520 (Erwiderung auf den Aufsatz von Waldecker).
Klausener: Zur Polizeirechtsreform, die Polizei 1930, S. 403.
Klausener-Kerstiens-Kempner: Kommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, Berlin 1931.
Krakenberger: Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe, Breslau 1912.
Küchenhoff: Die Zwangsmittel der Polizeibehörden nach dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931. RuPrVBl. Bd. 52, S. 788 ff.
Lassar: Das Polizeiverwaltungsgesetz RuPrVBl. Bd. 52, S. 585.
Leipziger Kommentar: Reichsstrafgesetzbuch, herausgegeben von Ebermayer, Lobe, Rosenberg. 4. Auflage. Berlin, Leipzig 1929.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 18. Auflage. Berlin, Leipzig 1929.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I, 3. Aufl. München, Leipzig 1929.
Mezger: Strafrecht. München, Leipzig 1931.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. Leipzig, Erlangen 1922.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Auflage. Berlin 1927.
Preger: Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht. Archiv für öffentliches Recht. Bd. 7, S. 365.
Richardt: Zum Entwurf des Polizeiverwaltungsgesetzes, Preuß. Gemeinde-Zeitung 1931, S. 17.

RuPrVBl. = Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt.
Schäfer: Das Zwangsgeld nach dem preußischen Polizeiverwaltungsgesetz. JR. 1931. S. 169 ff.
Derselbe: Nochmals „Zwangsgeld und Ersatzzwangsmittel in Polizeiverordnungen" nach dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931 mit Schlußwort von Dronsch. RuPrVBl. Bd. 52, S. 989 ff.
Schäfer, Wichards, Wille: Kommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, Berlin.
Schnitzker: Polizeiverwaltungsgesetz, Berlin 1932.
Schorn: Das Polizeiverwaltungsgesetz Preußens und das Gebiet der polizeilichen Strafverfügung JR. 1931, S. 177.
Schultzenstein: Ueber Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit. Verwaltungs-Archiv Bd. 11, S. 149.
Derselbe: Polizeiwidriges Handeln und Vertretung. Verwaltungs-Archiv Bd. 14, S. 1 ff.
Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912.
Stienen: Das Wesen der Uebertretung. Z. St. W. Bd. 35, S. 637.
Derselbe: Strafgerichtsbarkeit und preußisches Polizeiverwaltungsgesetz. DJZ. 1931, S. 1299.
Stier-Somlo: Verwaltung, Verwaltungsrecht in dem Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Bd. VII (Ergänzungsband), Berlin, Leipzig 1931, S. 618.
Thoma: Grundrechte und Polizeigewalt, in der Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Oberverwaltungsgerichts Berlin 1925.
Umhauer: Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff und Wesen des Polizeidelikts, 1904, Freiburger Dissertation.
Verw.-Archiv = Verwaltungsarchiv.
Waldecker: Zum preußischen Polizeiverwaltungsgesetz, Justiz Bd. VI, S. 516.
Wolf, Erik: Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem. Festschrift für Frank. Bd. VII. Tübingen 1930, S. 516 ff.
Zimmerl: Das österreichische Verwaltungs-Strafgesetz. G.S. 98, S. 303.
Z.St.W. = Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften.

I.

Die Rechtsnatur des Zwangsgeldes.

a.

Wohl die wichtigsten Neuerungen in dem preußischen Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931 sind die Bestimmung des § 33, daß für Zuwiderhandlungen gegen Polizeiverordnungen an Stelle der bisherigen Geldstrafen grundsätzlich nur noch das Zwangsgeld des § 55 angedroht werden darf, und ferner, daß es gegen die Festsetzung von Zwangsgeld nicht mehr den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gibt, sondern ausschließlich Beschwerde mit anschließendem Verwaltungsstreitverfahren. (§ 57, 45 ff.). Nur noch die Polizeiverordnungen der Minister dürfen die Androhung einer Geldstrafe enthalten (§ 33), aber auch hier steht die Wahl zwischen Geldstrafe und Zwangsgeld offen. Den polizeilichen Strafverfügungen sind damit sehr enge Grenzen gezogen, sie beschränken sich von nun an auf die Uebertretungen des 29. Abschnittes der STGB. und der strafrechtlichen Nebengesetze, insbesonders auf den praktisch allerdings sehr häufig vorkommenden Fall des § 366 Nr. 10 STGB. und des § 21 Kraftfahrzeuggesetzes, ferner auf den bereits erwähnten Fall des Verstoßes gegen eine ministerielle Polizeiverordnung, die mit Strafe bedroht ist. Damit ist also mit einem Male ein Verwaltungsstrafrecht und eine Aufgabenerweiterung der Verwaltungsgerichte geschaffen worden, wie sie seit langem sowohl von Schrifttum als auch von der Verwaltungspraxis erstrebt werden[1]) und in Oesterreich bereits verwirklicht sind[2]).

Mit dieser Regelung wird aber auch zum ersten Male die Frage praktisch, ob und inwieweit das Reichsrecht ein solches Verwaltungs-Strafrecht und -Verfahren zuläßt, denn bisher

[1]) Vgl. insbes. Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht und seine im Literaturverzeichnis genannten Werke; Hofacker, Staatsverwaltung und Strafrechtsreform und den Stand der Ansichten bei v. Hippel, Bd. 2, S. 118—119.

[2]) Vgl. Gesetz vom 21. 6. 1925 (Rgbl. Nr. 27).

ist in den zahlreichen Gesetzen, die geeignet waren, die Normen für ein Verwaltungsstrafrecht zu geben, z. B. das preußische Wassergesetz, das preußische Fischereigesetz, niemals der Versuch gemacht worden, eine derartige Ausdehnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verwirklichen.

Der Untersuchung, ob die Bestimmungen über das Zwangsgeld des neuen Gesetzes mit dem Reichsrecht vereinbar sind, soll zunächst, um die Grundlagen zu schaffen, eine Untersuchung der Rechtsnatur dieses Zwangsgeldes vorausgehen. Maßgebender Gesichtspunkt soll hierbei die Frage sein, inwieweit unterscheidet sich das Zwangsgeld von seinem Vorgänger, der Uebertretungsstrafe im Sinne des § 1 Abs. 3 des STGB., weil, wie noch gezeigt werden wird, die Vereinbarkeit dieser landesgesetzlichen Regelung mit dem Reichsrecht in weitgehendem Maße von der Entscheidung dieser Frage abhängt.

In formeller Hinsicht unterscheidet sich das Zwangsgeld von den früher in Polizeiverordnungen angedrohten Uebertretungsstrafen im wesentlichen durch die Namensänderung und dadurch, daß es durch den Ausschluß des Rechtsweges zu einer nichtkriminellen Strafe geworden ist.

Der Begriff kriminelle Strafe und nichtkriminelle Strafe wird hierbei als ein rein formeller Begriff verwandt, und zwar als Bezeichnung für eine Strafe, die in dem einen Falle von den ordentlichen Gerichten im ordentlichen Strafverfahren und in dem anderen Falle unter Ausschluß des Rechtsweges festgesetzt wird. Diese formelle Auffassung ist an sich auch die allein durchführbare[3]). Demgegenüber findet sich auch eine materielle Auffassung des Begriffs kriminelle Strafe, und zwar als Bezeichnung für Strafen, die eine gewisse Schwere aufweisen und denen Delikte zugrunde liegen, bei denen die ethische Mißbilligung besonders weitgehend ist. Es sind das die Fälle des sogen. kriminellen Unrechts. So bezeichnet z. B. Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, insbes. S. 442, ständig mit Kriminalstrafen die Strafen, die dem kriminellen Unrecht gelten, und auch Meyer-Allfeld S. 238 ff. scheidet von der kriminellen Strafe oder Strafe im engeren Sinne die Strafen für Verfehlungen, die nicht als kriminelles Unrecht erscheinen. Aehnlich auch Krakenberger S. 61. Auch

[3]) Vgl. Hofacker, Staatsverw. u. Strafrechtsreform, S. 265, 413.

das Josefinische Stgb. von 1787 unterscheidet zwischen Kriminalverbrechen und Kriminalstrafen einerseits und politischen Verbrechen und politischen Strafen (Polizeidelikten) andererseits. Eine andere materielle Auffassung[4]) sieht in den kriminellen Strafen die Strafen des allgemeinen Strafrechts und scheidet davon als nichtkriminelle Strafen die Exekutivstrafen, die Disziplinarstrafen und die Ordnungsstrafen zum Schutz besonderer Interessensphären, insbes. eines staatlichen Verfahrens. Vor allem Preger S. 380 scheidet scharf zwischen den öffentlich rechtlichen kriminellen Strafen, die der Staat für den Bruch der öffentlichen Rechtsordnung verhängt, und den nichtkriminellen Strafen, die verhängt werden für die Verletzung der Interessen eines besonderen Rechtskreises, in dem der Staat nicht notwendig die Strafgewalt haben muß, und die Preger als Ordnungsstrafen bezeichnet. Aehnlich auch die Unterscheidung von Haenel S. 454 ff. zwischen allgemeinen Strafen und Ordnungsstrafen. Es ist dringend erforderlich, diese Auffassungen des Begriffs kriminelle Strafe auseinanderzuhalten, was leider in den meisten bisherigen Erörterungen über die Rechtsnatur des Zwangsgeldes nicht geschieht. Diese Unterscheidung ist bei dem Zwangsgeld um so wichtiger, da hier, wie noch dargelegt werden wird, die materielle Rechtsnatur nicht der formellen entspricht, während sonst im allgemeinen kriminelle Strafe im materiellen und im formellen Sinne zusammenfallen.

Die Ansichten über die materielle Rechtsnatur des Zwangsgeldes gehen weit auseinander. Die amtliche Begründung des Landtagsentwurfes (Landtagsdrucks. Nr. 5933 S. 33) sieht in dem Zwangsgeld lediglich ein polizeiliches Zwangsmittel. Auch im Verfassungsausschuß des Landtages wurde überwiegend die gleiche Ansicht vertreten. (Vgl. darüber die eingehende, wörtliche Wiedergabe der Verhandlungen bei Stier-Somlo zu § 33). Vor allem aber die maßgebenden Redaktoren des Gesetzes nehmen an, daß das Zwangsgeld polizeiliches Beugemittel sei und mit Strafe nichts mehr zu tun habe. Vgl. Drews RuPrVBl. Bd. 52 S. 2 ff., Polizeirecht I S. 99 ff., Klausener-Kerstiens-Kempner zu § 33, Klausener, Die Polizei 1930 S. 403 ff., Kerstiens RuPrVBl. Bd. 52 S. 146 ff., 310 ff., DJZ.

---

[4]) Vgl. z. B. Preger, Arch. öff. Recht, Bd. 7, S. 365 ff., Friedländer G. S. Bd. 46, S. 417 ff., Mezger, S. 9.

1931 S. 1493, Kempner Justiz Bd. 6 S. 520. Derselben Ansicht sind auch: Dronsch RuPrVBl. Bd. 52 S. 925 ff., 992 ff., Richardt Pr. Gem. Ztg. 1931 S. 17 ff., Bovensiepen Dt. Richterzeitung 1931, S. 241 ff., Lassar RuPrVBl. Bd. 52 S. 585 ff., Küchenhoff RuPrVBl. Bd. 52 S. 788 ff., Schnitzker zu § 33.

Eine andere Ansicht, vertreten von Schäfer JRdsch. 1931 S. 169 = Schäfer-Wichards-Wille zu § 33, RuPrVBl. Bd. 52 S. 989 ff., Cohn Justiz Bd. 7 S. 137, nimmt dagegen an, daß das Zwangsgeld eine nichtkriminelle Ordnungsstrafe sei.

Eine dritte Ansicht, vertreten von Jellinek RuPrVBl. Bd. 52 S. 42 und S. 121, Waldecker Justiz Bd. 6 S. 516 ff., Schorn JRdsch. 1931 S. 177 ff., Stienen DJZ. S. 1299, Friedrichs Goltd. Arch. Bd. 75 S. 321 ff. sieht in dem Zwangsgeld eine echte Strafe. „Es ist nichts anderes als eine verschleierte Geldstrafe im Sinne des StGB." Schorn a.a.O.

b.

Die Ansicht, daß das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen und das Zwangsgeld zur Durchsetzung polizeilicher Verfügungen sachlich übereinstimmen, ist in dem Gesetz rein äußerlich in jeder Hinsicht durchgeführt. Beide Rechtsnachteile tragen den Namen Zwangsgeld, bei beiden Rechtsnachteilen sind dieselben Rechtsmittel gegeben. Auch wird diese Regelung lediglich im Wege der Verweisung getroffen, indem § 33 auf § 55 Abs. 1 und 3, der das Zwangsgeld bei poliz. Verf. behandelt, und § 57 auf die Rechtsmittel bei poliz. Verf. verweisen. Es ist also zweifellos eine äußere Uebereinstimmung geschaffen worden[5]). Aber schon die bloße Ueberlegung, daß die beiden hauptsächlichsten Rechtsänderungen, nämlich die Namensänderung und die Umgestaltung der Rechtsmittel rein äußerlicher Natur sind, läßt es unwahrscheinlich erscheinen, daß aus der früheren Strafe plötzlich eine Exekutivstrafe geworden ist, denn eine solche materielle Umwandlung könnte doch nur auf materiellen Rechtsänderungen beruhen. Man darf sich nicht etwa mit dem Argument beruhigen[6]), daß das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen deswegen eine echte Zwangsstrafe sein muß, weil es das Gesetz offenbar den echten

[5]) Vgl. auch Dronsch, S. 925 ff., wo diese äußerliche Uebereinstimmung eingehend dargestellt ist.

[6]) So Küchenhoff, S. 788.

Zwangsstrafen gleichstellt. Wenn, was im folgenden nachgewiesen werden wird, begrifflich das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen einen anderen materiellen Inhalt aufweist als das Zwangsgeld zur Durchsetzung polizeilicher Verfügungen, so kann eine äußere Identifizierung und selbst der Wille des Gesetzes diesen Unterschied nicht beseitigen. Es würde das den Denkgesetzen widersprechen, an die auch der Gesetzgeber gebunden ist. Soweit die Bestimmungen des Gesetzes äußerlicher Natur sind, können sie daher nicht zur Beurteilung des Wesens des Zwangsgeldes herangezogen werden. So ist z. B. für die Frage, ob das Zwangsgeld Strafe ist oder nicht, völlig unbeachtlich, daß in dem Gesetz Vorschriften über Eintragung in das Strafregister und in polizeiliche Führungszeugnisse fehlen[7]).

Es soll der behauptete Unterschied zwischen dem Zwangsgeld zur Durchsetzung einer polizeilichen Verfügung und dem Zwangsgeld einer Polizeiverordnung an einem Beispiel erörtert werden.

1. Es herrscht starker Schneefall, die Gemeinde ist nicht in der Lage, die Beseitigung der Schneemassen auf den Fahr- und Fußwegen zu bewältigen. Dem Eigentümer eines größeren Grundstückes an einer Hauptverkehrsstraße wird daher durch Polizeiverfügung aufgegeben, binnen 24 Stunden den Fahr- und Fußweg vor seinem Grundstück von dem Schnee zu säubern, andernfalls die Festsetzung von Zwangsgeld erfolgt.

2. Die gleiche Sachlage. Es wird durch Polizeiverordnung allen Hausbesitzern unter Androhung von Zwangsgeld aufgegeben, jeden Morgen bis um 7 Uhr die Straße von dem Schnee zu reinigen.

In beiden Fällen handelt es sich um die Durchsetzung eines polizeilichen Gebotes. Angenommen, es wird in beiden Fällen die Straße nicht bis zu dem vorgeschriebenen Zeitpunkt gereinigt, es tritt aber bald nach dem Ablauf der Frist Tauwetter ein, das den Schnee bald zum Verschwinden bringt. Im Falle 1) kann das Zwangsgeld dann nicht mehr beigetrieben werden. Der polizeiwidrige Zustand besteht nicht mehr, und da der Zweck der Androhung des Zwangsgeldes in der polizeilichen Verfügung lediglich darin bestand, den polizeiwidrigen

[7]) Auf solche Merkmale begründet z. T. Dronsch a.a.O. seine Ansicht, daß das Zwangsgeld keine echte Strafe sei.

Zustand zu beseitigen, ist mit Erreichung dieses Zieles die Beitreibung hinfällig geworden. Das ergibt sich auch nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes. § 55 Abs. 4 bestimmt: Die Beitreibung (von Zwangsgeld) ist, sofern es sich nicht um die Durchsetzung eines Verbotes handelt oder nicht ein Zwangsmittel auf Grund des § 33 ohne vorherige besondere Androhung festgesetzt ist, nur zulässig, solange der polizeiwidrige Zustand besteht. Es ist also wesentlich für den Begriff des Zwangsgeldes in diesen Fällen, daß es steht und fällt mit der Erreichung des mit seiner Androhung verfolgten Zweckes.

Anders ist die Rechtslage im zweiten Falle. Es mag noch so vollkommen der Schnee weggetaut sein und auch eine Wiederholungsgefahr nicht bestehen, also der polizeiwidrige Zustand völlig beseitigt sein, ist einmal gegen die Polizeiverordnung verstoßen worden, so kann das Zwangsgeld beigetrieben werden, ohne daß auf die tatsächlichen Verhältnisse noch Rücksicht genommen zu werden braucht. Auch das ergibt sich aus § 55 Abs. 4. Wenn § 55 Abs. 4 bestimmt, daß die Beitreibung (von Zwangsgeld), sofern es sich nicht um die Durchsetzung eines Verbotes handelt oder nicht ein Zwangsmittel auf Grund des § 33 ohne vorherige besondere Androhung festgesetzt ist, nur zulässig ist, solange der polizeiwidrige Zustand besteht, so heißt das mit anderen Worten: Bei polizeilichen Verboten und dem Zwangsgeld in den Fällen des § 33 (daß dieses Zwangsgeld ohne vorherige besondere Androhung festgesetzt wird, ist regelmäßig der Fall) ist die Beitreibung auch dann zulässig, wenn der polizeiwidrige Zustand nicht mehr besteht. Hierin zeigt sich der bedeutsamste Unterschied zwischen dem Zwangsgeld als Exekutivstrafe zur Durchsetzung polizeilicher Verfügungen und dem Zwangsgeld in Polizeiverordnungen. Die Verhängung eines Rechtsnachteiles auf Grund eines abgeschlossenen in der Vergangenheit liegenden Tatbestandes hat den Charakter einer Sühne. Dieser ist aber einer Exekutivstrafe wesensfremd, da diese ausschließlich Ziele verfolgt, die in der Zukunft liegen.

Es ist auch nicht richtig, wenn Dronsch RuPrVBl., Bd. 52, S. 925 ff. ausführt, daß aus Grenzfällen vorliegender Art deswegen nicht ein Sühnecharakter des Zwangsgeldes hergeleitet werden kann, weil für diese Fälle § 33 Abs. 3 eingreift. § 33 Abs. 3, den übrigens der Entwurf noch nicht kennt und der gegen den Widerspruch der Regierungsvertreter (LT. Drucks.

Nr. 7282 Sp. 70 ff.) aufgenommen worden ist, bestimmt: In Fällen, in denen ein schutzwürdiges Interesse weder verletzt noch bedroht wird, ist von einem polizeilichen Eingreifen wegen Nichtbefolgung der Polizeiverordnung abzusehen. Es kann zunächst fraglich sein, ob § 33 Abs. 3 überhaupt für Fälle vorliegender Art gilt, denn er bezieht sich offensichtlich nur auf den Fall, daß durch die Tat ein schutzwürdiges Interesse weder verletzt noch gefährdet wurde, also auf die Verhältnisse, wie sie zur Zeit der Tat vorlagen. Selbst wenn man aber die Anwendung des § 33 Abs. 3 für Grenzfälle vorliegender Art bejaht, so bleibt doch der § 33 Abs. 3 lediglich eine dem § 153 STPO entsprechende Vorschrift, die ausdrücklich bestätigen soll, daß für die Verwaltung das Opportunitätsprinzip gilt (so auch Lassar in Brauchitsch Bd. 2 S. 87, Drews S. 100, Schäfer RuPrVBl. Bd. 52 S. 991). Ebenso wie die polizeiliche Strafverfügung durch § 153 StPO. nicht zur Zwangsstrafe wird, wird es das Zwangsgeld durch § 33 Abs. 3.

Freilich ist zuzugeben, daß mit der Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld in Polizeiverordnungen auch zukünftige Zwecke, vielleicht sogar überwiegend, erstrebt werden, und zwar die Beseitigung oder Verhinderung eines polizeiwidrigen Zustandes, sei es im Wege der General- oder Spezialprävention. Daneben besteht aber der Sühnecharakter des Zwangsgeldes. Bei einer Grenzbetrachtung, wie sie hier durchgeführt worden ist, tritt er klar zu Tage und beweist, daß das Zwangsgeld in den Fällen des § 33 keine Exekutivstrafe ist. Es wäre auch verfehlt, in den genannten Grenzfällen den Exekutivstrafcharakter damit zu retten, daß man sagt, die Festsetzung von Zwangsgeld diene in diesen Fällen dazu, überhaupt die Achtung vor Polizeiverordnungen für die Zukunft zu erzwingen, sei es durch unmittelbare Einwirkung auf den Betroffenen oder durch mittelbare Wirkung auf die Gesamtheit. Dieser Ansicht scheint sich Kerstiens RuPrVBl. Bd. 52, S. 310 ff. zu nähern, denn er nimmt nur dann einen strafartigen Charakter des Zwangsgeldes an, wenn die Beitreibung erfolgt, nachdem die betreffende Polizeiverordnung aufgehoben worden ist. Aber auch jede echte Strafe verfolgt neben anderen den Zweck, zur Achtung der ihr zu Grunde liegenden Norm anzuhalten. Dieser Zweck ist daher nicht einer Beugestrafe wesenseigen, und es kann daher nicht darauf die Behauptung gestützt werden, daß das Zwangsgeld

eine Beugestrafe sei. (Ebenso Schäfer RuPrVBl. Bd. 52, S. 992 Anm. 11.) Wenn Kerstiens für den Fall, daß die Polizeiverordnung vor der Beitreibung des Zwangsgeldes aufgehoben wird, annimmt, daß in diesem Fall das Zwangsgeld nicht mehr Beugemittel für die Zukunft sei, sondern den Charakter einer Ordnungsstrafe für eine in der Vergangenheit liegende Polizeiwidrigkeit habe, so bestätigt er mit diesem Grenzfall nur den behaupteten Sühnecharakter des Zwangsgeldes.

Vorstehende Untersuchung bezieht sich allerdings auf den Fall der Durchsetzung eines Gebotes. Für den Fall, daß Zwangsgeld zur Durchsetzung eines polizeilichen Verbotes angedroht wird, läßt sich der Unterschied zwischen dem Zwangsgeld in Polizeiverordnungen und dem Zwangsgeld zur Durchsetzung einer polizeilichen Verfügung nicht so klar herausarbeiten. Das liegt aber etwa nicht daran, weil sich das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen in diesen Fällen einer echten Zwangsstrafe nähert, sondern umgekehrt daran, weil das Zwangsgeld der polizeilichen Verfügung in diesen Fällen den Charakter einer Strafe annimmt. Der mehrfach zitierte § 55 Abs. 4, der, wie schon hervorgehoben, für das Zwangsgeld in den Fällen des § 33 die Ausnahme macht, daß es beigetrieben werden kann, auch wenn ein polizeiwidriger Zustand nicht mehr besteht, macht dieselbe Ausnahme auch für den Fall der Durchsetzung eines polizeilichen Verbotes. Es kann also hier in beiden Fällen das Zwangsgeld die repressive Natur annehmen, die dem Wesen einer echten Exekutivstrafe widerspricht, aber daraus kein Argument dafür hergeleitet werden, daß das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen einer Exekutivstrafe wesensgleich sei. Nur in einer Hinsicht hat der Gesetzgeber eine materielle Bestimmung getroffen, die für das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen eine Annäherung an den Gedanken der Exekutivstrafe bedeutet. Er bestimmt in § 56 Abs. 1, S. 5, der wohl auch für das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen gilt, daß die Vollstreckung der Zwangshaft bei der Durchsetzung von polizeilichen Geboten nur zulässig ist, solange der polizeiwidrige Zustand besteht. Diese vereinzelte Vorschrift für die Frage der Vollstreckung der Zwangshaft ist aber naturgemäß nicht geeignet, maßgebend das Wesen des Zwangsgeldes in Polizeiverordnungen zu beeinflussen.

Daß dieses Zwangsgeld im Gegensatz zu dem Zwangsgeld in polizeilicher Verfügungen den Charakter einer Sühne hat, wird noch durch folgendes bestätigt. Polizeiliche Verfügungen und die Zwangsstrafen zu deren Durchsetzung richten sich regelmäßig gegen den, der der Polizei gegenüber verantwortlich (polizeipflichtig) ist (§ 18). Bei Sachen ist das grundsätzlich der Eigentümer (§ 20). Die Polizeiverfügung und die Zwangsstrafe müssen sich daher immer gegen den Eigentümer richten, gleichgültig, ob er ein Kind, ein Geisteskranker oder eine juristische Person ist[8]). Auf Verschulden des Betroffenen kommt es nicht an.

Die Festsetzung von Zwangsgeld in Polizeiverordnungen ist dagegen auf die persönliche Verantwortlichkeit des Betroffenen abgestellt. Sie darf nur bei Verschulden erfolgen, denn § 33 Abs. 2 bestimmt, daß wegen der Nichtbefolgung einer Polizeiverordnung Zwangsgeld ohne vorherige Androhung nur festgesetzt werden kann, wenn der Betroffene die Polizeiwidrigkeit seines Verhaltens kannte oder kennen mußte. Auch hieraus ergibt sich, daß das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen den Charakter einer Sühne hat, denn nur im Falle einer Sühne ist begrifflich Verschulden des Täters erforderlich. Es dürfte damit klargestellt sein, daß der in dem neuen Gesetz mit Zwangsgeld bezeichnete Rechtsnachteil dann keine echte Beugestrafe ist, wenn er für Verstöße gegen Polizeiverordnungen angedroht wird.

c)

Die bisherigen Erörterungen haben gleichzeitig ergeben, daß das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen Wesenszüge trägt, die nur einer echten Strafe eigentümlich sind. Die beiden Hauptargumente, die dazu führten, einen Exekutivstrafcharakter dieses Zwangsgeldes zu verneinen, nämlich die Tatsache, daß das Zwangsgeld festgesetzt werden kann für eine in der Vergangenheit liegende Handlung oder Unterlassung, und die Tatsache, daß die Festsetzung nur bei Verschulden erfolgen darf, sprechen in eben demselben Maße dafür, daß das Zwangsgeld eine echte Strafe ist. Es braucht

---

[8]) Vgl. Isaak, Z. St. W., Bd. 21, S. 649, Schultzenstein Verw. Arch. Bd. 14, S. 7 ff., Hofacker Verw. Arch., Bd. 14, S. 457 ff.

nicht auf den Streit der Strafrechtsschulen über das Wesen und den Zweck der Strafe eingegangen zu werden, man ist sich zum mindesten darüber einig, daß die Verhängung eines Uebels von Seiten des Staates für einen schuldhaften, in der Vergangenheit liegenden Verstoß gegen die Rechtsordnung dem Begriffe Strafe entspricht. Wenn dann je nach der wissenschaftlichen Richtung dem genannten Begriff Strafe noch andere begriffswesentliche Merkmale hinzugefügt werden, wie das Merkmal der Vergeltung oder ein Zweck, wie den der General- oder Spezialprävention, so ist diese Diskussion auch bei dem Zwangsgeld möglich und kann nicht mehr nach den bereits getroffenen Feststellungen zur Verneinung der Strafnatur des Zwangsgeldes führen. Wenn man bei diesen Fragen der herrschenden Ansicht folgt, die in der Strafe die Vergeltung für zurückliegendes Unrecht sieht, so steht nichts im Wege, das Zwangsgeld als Vergeltungsmaßregel anzusehen. Daß daneben die Festsetzung des Zwangsgeldes zumeist auch zu präventionistischen Zwecken erfolgt, ändert an der Vergeltungsnatur des Zwangsgeldes ebensowenig, wie diese Tatsache bei den eigentlichen, peinlichen Strafen. Die Behauptung, daß das Zwangsgeld ein Beugemittel für die Zukunft sei, nämlich ein Beugemittel des polizeiwidrigen Willens, besagt nicht mehr als die Richtung der Wissenschaft, die den Zweck der Strafe in der General- oder Spezialprävention sieht[9]).

Auch muß hervorgehoben werden, daß bisher unter polizeilicher Beugestrafe allgemein nur solche Rechtsnachteile verstanden worden sind, die entsprechend den §§ 883 ff. ZPO. zur Vollstreckung im Einzelfalle dienten. Es gehörte bisher n o t w e n d i g zum Begriff der Exekutivstrafe, daß ihr ein Einzelbefehl zu Grunde lag[10]). Eine rechtssatzmäßig angedrohte Zwangsstrafe, wie es angeblich das Zwangsgeld sein soll, muß schon aus diesem Grunde begrifflich durchaus verschieden sein von dem Rechtsnachteil, der bisher als Zwangsstrafe angesehen wurde. Der Hinweis, daß die echten Zwangsstrafen niemals als eigentliche Strafen angesehen

[9]) Vgl. auch Otto Mayer, S. 260, der den Polizei-Straf-Rechtssatz als Mittel dazu ansieht, ein polizeimäßiges Verhalten einzuschärfen, aber ihn eben doch als Strafrechtssatz auffaßt.

[10]) Vgl. insbes. Otto Mayer, S. 271 ff. und auch Drews Pr. Polizeirecht, 2. Aufl. 1929, S. 87.

worden sind, ist daher in keiner Weise geeignet, die Behauptung zu stützen, daß auch das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen keine echte Strafe sei. Hierzu muß erst der Nachweis geführt werden, daß es für die Rechtsnatur des Zwangsgeldes in Polizeiverordnungen ohne Bedeutung ist, daß die Androhung rechtssatzmäßig erfolgt. Der Versuch, diesen Nachweis zu erbringen, ist bisher von der Gegenmeinung nicht unternommen worden. Er müßte auch scheitern. Eine Geldauflage, die rechtssatzmäßig angedroht wird und die im Falle der schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die zugrunde liegende Norm ohne weiteres verwirkt ist, „ist eben nun einmal eine kriminelle Strafe, mag man sie auch noch so geschickt als „Zwangsgeld" bezeichnen (Jellinek RuPrVBl. Bd. 52, S. 42).

d)

Mit der Feststellung, daß das Zwangsgeld eine echte Strafe ist, entsteht die Frage, welche Stellung es in dem Geldstrafensystem des geltenden Rechts einnimmt.

Von vornherein ist bei dieser Betrachtung die Frage auszuschalten, ob das Zwangsgeld eine Strafe des kriminellen oder polizeilichen Unrechts ist. Es würde das hinauskommen auf eine Erörterung der Frage, ob und wieweit ein besonderes kriminelles und polizeiliches Unrecht bestehen, die aber für die Klärung der hier zu behandelnden Fragen ohne Einfluß wäre. Es kommt hier im wesentlichen darauf an, wie sich das Zwangsgeld zu seinem Vorgänger, der Uebertretungsstrafe des Stgb. und des § 413 StPO., verhält. Diesen Uebertretungsstrafen liegt aber der Bedeutung nach dasselbe Unrecht zugrunde wie dem Zwangsgeld in Polizeiverordnungen, da sowohl dieses Zwangsgeld wie die Uebertretungsstrafen grundsätzlich bestimmt sind, dem Schutz polizeilicher Interessen des Staates zu dienen. Es kann daher die Unterscheidung zwischen kriminellen und polizeilichem Unrecht nicht zur Klärung des Verhältnisses zwischen Uebertretungsstrafe und Zwangsgeld beitragen. Es wäre daher auch verfehlt, für das Zwangsgeld mit dem Hinweis, daß es nicht auf kriminellem Unrecht, sondern auf polizeilichem Unrecht beruhe und deswegen eine nichtkriminelle Strafe sei, andere Rechtsfolgen zu beanspruchen, wie für die Uebertretungsstrafen. Auch diese sind nichtkriminelle Strafen, wenn man

darin die Strafen sieht, die nicht dem kriminellen Unrecht, sondern dem Polizeiunrecht gelten. Geht man aber von der Auffassung des Begriffs kriminelle Strafe aus, die darin die Strafe des allgemeinen Strafrechts sieht (vgl. S. 3), so ist das Zwangsgeld ebenso kriminelle Strafe wie die Uebertretungsstrafen. Es dient nicht dem Schutz eines besonderen Gewaltverhältnisses, sondern es wendet sich unmittelbar an die Allgemeinheit und dient wie alle Uebertretungsstrafen dem allgemeinen Anspruch des Staates auf Achtung der objektiven Rechtsordnung. Es beruht also auf dem allgemeinen Unterwerfungsverhältnis des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt.

Innerhalb der Meinung, die das Zwangsgeld als Strafe ansieht, ist es streitig (vgl. S. 4), ob das Zwangsgeld eine verschleierte Geldstrafe im Sinne des StGB.[11]) oder ob es eine Ordnungsstrafe ist[12]) Man wird sich der ersteren Ansicht anschließen müssen, und das Zwangsgeld als verschleierte Uebertretungsstrafe anzusehen haben, aber mit der Maßgabe, daß es eben nur eine verschleierte Uebertretungsstrafe ist. Es unterscheidet sich das Zwangsgeld von der Uebertretungsstrafe nicht nur durch die Namensänderung, sondern auch in der Schwere. Das Zwangsgeld wird zwar unter den gleichen Voraussetzungen festgesetzt wie die früheren Uebertretungsstrafen in Polizeiverordnungen, auch das Strafmaß ist zahlenmäßig fast unverändert geblieben und die hauptsächlichsten Rechtsänderungen, die die Schaffung des Zwangsgeldes begleitet haben, nämlich die Namensänderung und Zuweisung an die Verwaltungsgerichte, sind lediglich formeller Natur. Die genannten Rechtsänderungen beschränken sich aber nicht nur darauf, ihren eigentlichen Zweck herbeizuführen, sondern sie rufen darüber hinaus tatsächliche Wirkungen hervor, die geeignet sind, das Zwangsgeld hinsichtlich der Schwere anders zu qualifizieren wie die polizeilichen Uebertretungsstrafen.

Es hängt nämlich die Schwere einer Strafe nicht allein von der zahlenmäßigen Größe des zugefügten Rechtsnachteils ab. So wird z. B. die Bestrafung mit einem Jahr Zuchthaus schwerer angesehen werden als die Bestrafung mit 2 Jahren

---

[11]) Jellinek, Schorn a.a.aO.
[12]) Schäfer, Cohn a.a.O.

Gefängnis und die Bestrafung wegen Wilderns mit 30 Mark Geldstrafe schwerer als die dabei verfügte Einziehung des vielleicht bedeutend teureren Gewehres. So wird auch z. B. die Bestrafung wegen Steuerhinterziehung oder Gefährdung mit 100 Mark Geldstrafe als schwerer gelten wie eine Bestrafung mit 200 Mark Ordnungsstrafe nach § 413 RAO. und das Gleiche gilt für eine Haftstrafe, die im ordentlichen Strafverfahren verhängt wird, und einer Haftstrafe, die nach § 179 GVG. das Gericht wegen Ungebühr in der Sitzung festsetzt. Es liegt das daran, daß die Wirkung einer Strafe sich nicht nur darin erschöpft, einen bestimmten Rechtsnachteil zuzufügen, sondern, daß die Strafe darüber hinaus gleichzeitig eine soziale Mißbilligung des Täters hervorruft, die ebenfalls für ihn Strafe darstellt. So beruhen z. B. die Ehrenstrafen lediglich auf dieser Mißbilligung, denn der zugefügte Rechtsnachteil an sich ist bei ihnen nebensächlich. Die Schwere einer Strafe hängt demnach auch ab von dem Maße der sozialen Mißbilligung. Diese Mißbilligung ist aber wiederum eine Funktion der Vorstellung und Werteinschätzung, die die Allgemeinheit mit der betreffenden Strafe verbindet.

Liegen die Dinge aber so, so kann eine bloße Namens- oder Verfahrensänderung sehr wohl über ihre ursprüngliche Bestimmung hinaus von Bedeutung sein, denn der Name der Strafe und die Art des Verfahrens kann die Bedeutung, die die Allgemeinheit der betreffenden Strafe beimißt, weitgehend beeinflussen. Schon Hofacker Verw.-Arch. Bd. 15, S. 404, weist darauf hin. Er bemerkt: „Man macht häufig die Erfahrung, daß die Wirkung der Strafe in weitem Umfang nicht sowohl von der Art und Größe des dem Betroffenen zugefügten Nachteils abhängt, sondern von dem der Strafe nach der Art ihrer Verhängung beigelegten Charakter, ja man möchte sagen, von dem Namen der Strafe. Dieselbe Geldstrafe, dieselbe etwa in den gleichen Räumen, bei gleicher Behandlung vollzogene Haftstrafe wird ganz verschieden beurteilt und wirkt ganz verschieden, je nachdem sie als Schul-, als Disziplinar-, als Exekutiv-, als Ordnungsstrafe in der Hand einer Verwaltungsbehörde oder aber als Kriminalstrafe verhängt wird".

An den obigen Beispielen, insbesondere an den Ordnungsstrafen, erweist sich die Richtigkeit dieser Ausführungen.

Dasselbe gilt aber auch für das Zwangsgeld[13]). Die Tatsache, daß durch den neuen Namen „Zwangsgeld" die Bezeichnung Strafe vermieden wird und in diesem Namen der bewußte, wenn auch falsche Hinweis liegt, daß dieser Rechtsnachteil nicht mehr Strafe, sondern lediglich Zwangsmittel sein soll, ferner die Tatsache, daß das Zwangsgeld immer nur in Verbindung mit Verstößen gegen Polizeiverordnungen, also immer nur bei Delikten besonders leichter Art, in Erscheinung tritt, sind geeignet, bei der Allgemeinheit die Vorstellung zu erwecken, daß dieses Zwangsgeld ein anderes, leichteres Uebel sei als die frühere Geldstrafe, die sich bei allen Delikten, selbst schwerster Art findet.

Schon auf Grund der bloßen Namensänderung stellt sich somit das Zwangsgeld als leichteres Uebel gegenüber der früheren Geldstrafe dar.

Allerdings würde die Namensänderung allein nicht sehr erheblich zu einer anderen Qualifikation des Zwangsgeldes beitragen. Es ist vor allem die hinzukommende Verfahrensänderung, die das Zwangsgeld zu einem Uebel geringerer Art macht als die Uebertretungsstrafe des Stgb. Diese Uebertretungsstrafen haben zwar verfahrensrechtlich mit dem Zwangsgeld gemeinsam, daß die Festsetzung zunächst auch durch Polizeibehörden geschehen kann. Dagegen gibt es aber immer den Antrag auf gerichtliche Entscheidung, dem gegenüber die polizeiliche Strafverfügung nur provisorische Charakter hat, während bei dem Zwangsgeld auch im weiteren Verfahren der Rechtsweg ausgeschlossen bleibt. Die gerichtliche Entscheidung erfolgt im ordentlichen Strafverfahren, also unter denselben Umständen wie die Aburteilung von Verbrechen und Vergehen. Diese Umstände bewirken aber, daß die Allgemeinheit die Uebertretungsstrafe in eine nähere Beziehung zu den Verbrechens- und Vergehensstrafen setzt als das Zwangsgeld, bei dessen Festsetzung jeder äußerliche Zusammenhang mit Verbrechens- und Vergehensstrafen fehlt. Der Uebertretungsstrafe haftet immer das Odium des kriminellen an, ganz gleich, ob sie im Stgb. oder in Polizeiverordnungen angedroht wird, und sie stellt sich dadurch als härtere Maßregel dar als das Zwangsgeld, dem als Maßregel der Ver-

[13]) Hier ist es vor allem Schäfer JR. 1931, S. 172 ff., der für das Zwangsgeld diesen Gedankengang anstellt.

waltung nach außen jeder kriminelle Charakter abgeht. Es besteht also zwischen der Uebertretungsstrafe des Stgb., die der des früheren Polizeiverordnungsrechts entspricht, und dem Zwangsgeld in Polizeiverordnungen zwar kein qualitativer, aber ein quantitativer Unterschied, und wenn gesagt wird, daß das Zwangsgeld nichts anderes sei als eine verschleierte Geldstrafe des Stgb., so ist das richtig, man muß aber dabei beachten, daß durch den Schleier die Schärfe, die den Geldstrafen des Stgb. innewohnt, in gewissem Maße abgeschwächt wird. Mit dieser Feststellung kann die Untersuchung über die Rechtsnatur des Zwangsgeldes als abgeschlossen gelten.

Verfehlt und nichtssagend wäre es, jetzt als weitere Folge der hier vertretenen Ansicht die Behauptung aufzustellen, daß das Zwangsgeld eine Ordnungsstrafe sei, ung dann daraus die Folgerungen zu ziehen, die für gewisse Ordnungsstrafen gezogen werden, wie es z. B. Schäfer a.a.O. tut.

Der Begriff „Ordnungsstrafe" findet sich in der Gesetzespraxis für Strafen mannigfachster Art. Er umfaßt: Echte Zwangsstrafen, z. B. in den §§ 78, 1788, 1837 BGB., §§ 14, 37, 319 HGB.; Disziplinarstrafen z. B. § 74 Reichsbeamtengesetz, § 15 Pr. Gesetz betr. d. Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten; Strafen auf Grund und zum Schutz besonderer staatlicher Gewaltverhältnisse, insbesongere die Strafen zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Durchführung eines staatlichen Verfahrens, z. B. §§ 179, 56 GVG., § 261 Pr. Wasserges., § 26 Pr. Ges. über Landeskulturbehörden, § 78 Pr. Fischereigesetz[14]). Ob die in den Reichsversicherungsgesetzen z. B. in den §§ 908 ff., 1220 ff., 1487 ff. RVO. angedrohten Ordnungsstrafen in diese Gruppe gehören oder in die vierte Gruppe, die leichtere Strafen allgemeiner Art umfaßt, kann fraglich sein. In die vierte Gruppe gehören z. B. die Ordnungsstrafen der §§ 413 RAO., 18 Pr. Stempelsteuerges., 137 Abs. 2, 151 ff. Ver. Zollges., 20 a der Verordnung über Devisenwirtsohaft vom 1. 8. 31 RGBl. 1 S. 421 eingefügt durch Verordnung vom 17. 11. 31 RGBl. I 679, 4 der Verordnung über Notgeld vom 30. 10. 31 RGBl. 1 S. 669, und es würde auch das Zwangsgeld

---

[14]) Haenel, S. 454 ff., bezeichnet diese Gruppe als Ordnungsstrafen im engsten Sinne.

in diese Gruppe gehören, falls man es in das System der Ordnungsstrafen einreihen wollte[15]).

Mit einer solchen Einreihung wäre aber deswegen nichts gewonnen, weil, wie Schäfer durchaus zuzugeben ist, ein innerer Unterschied zwischen den genannten Ordnungsstrafen und den eigentlichen, peinlichen Strafen, (den Strafen des Stgb.) vielfach nicht besteht und weil die mannigfache, prinziplose Verwendung des Begriffs „Ordnungsstrafe" dazu führt, die Existenz eines besonderen Begriffs „Ordnungsstrafe" überhaupt zu verneinen. (Ebenso Krakenberger S. 62, v. Hippel Bd. 1 S. 36). Besteht aber ein solcher Begriff nicht, so ist die Behauptung, daß eine Strafe eine Ordnungsstrafe sei, zunächst nichtssagend, sie könnte nicht einmal widerlegt werden, die Betrachtung wird aber geradezu verfehlt, wenn die nichtssagende Behauptung, daß eine Strafe eine Ordnungsstrafe sei, dazu benutzt wird, um rechtliche Schlußfolgerungen zu ziehen. Das kann bei einer Ordnungsstrafe erst dann geschehen, wenn auf das Wesen der zu Grunde liegenden Strafe näher eingegangen worden ist, wie es für das Zwangsgeld hier geschehen ist. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Zwangsgeld eine Ordnungsstrafe ist, erscheint aber dann als überflüssig.

II.

Unzulässigkeit der Androhung von Zwangsgeld in Polizeiverordnungen.

a.

Nach den §§ 5, 6 EGStGB. unterliegt die Gesetzgebung der Länder auf dem Gebiet des Strafrechts, soweit sie nach § 2 EGStGB. überhaupt noch zulässig ist, gewissen Einschränkungen durch das Reichsrecht, dessen Kompetenz zur Strafgesetzgebung auf Art. 7, Nr. 2 RV. zurückgeht. Nach § 5 RGStGB. darf in den Strafgesetzen der Länder nur noch Gefängnis bis zu 2 Jahren, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Aemter angedroht werden. Diese Regelung des § 5 EGStGB. ist nicht

[15]) Vgl. im übrigen die eingehende Aufzählung von Ordnungsstrafarten bei Löwe-Rosenberg Anm. 2d zu § 3 EGStPO.

nur dazu bestimmt, die Länder bei Bemessung ihrer Strafen auf ein gewisses Höchstmaß zu beschränken, sondern sie verfolgt auch die Aufgabe, einheitliche Strafen für das ganze Reich zu schaffen. Die Länder dürfen andere als die in § 5 a.a.O. genannten Strafarten nicht androhen, und zwar sind die im § 5 a.a.O. genannten Strafen so zu verstehen, wie sie das Strafgesetzbuch kennt. Es kann allerdings fraglich sein, ob die Länder an alle Einzelheiten des Strafgesetzbuches in dieser Hinsicht gebunden sind oder ob gewisse Abweichungen zulässig sind, zum mindesten steht aber fest, daß immer das Wesen und der Charakter der einzelnen Strafart, so wie sie das Strafgesetzbuch kennt, beizubehalten sind[1]). Insbesondere bei der Wahl der Namen für die einzelnen Strafen sind die Länder an die Regelung des Strafgesetzbuches gebunden, da naturgemäß an einer Namenseinheit ein besonderes Interesse besteht. Die Geldstrafen der Länder müssen daher auch den Namen „Geldstrafe" tragen. (Vgl. Frank zu § 6 EGStGB.: Geldbuße = Geldstrafe, polizeiliche Gefängnisstrafe = Haft.)

Diesen Grundsätzen widerspricht die Schaffung des Zwangsgeldes in Polizeiverordnungen im Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 31. Es ist dargelegt worden, daß das Zwangsgeld materiell eine echte Strafe ist, daß es sich aber in seinem Charakter von den Geldstrafen des Strafgesetzbuches, insbesondere der Uebertretungsstrafe, dadurch unterscheidet, daß es diesen gegenüber ein Uebel leichterer Art darstellt, wenn auch diese Abweichung nur auf formellen Merkmalen beruht, nämlich auf der Namensänderung in Verbindung mit der Verfahrensänderung. Demgemäß ziehen auch Schorn a.a.O. und Stienen a.a.O. die Folgerung, daß das Zwangsgeld unvereinbar mit den §§ 5 ff. des EGStGB. sei.

Die Entscheidung dieser Streitfrage hängt von einer Untersuchung ab, ob und in wie weit die §§ 5 ff. EGStGB. für gewisse Geldstrafen der Länder noch freien Raum lassen. Es ist hier zunächst eine Lehre abzulehnen, die annimmt, daß die Kompetenz des Reichs nach Art. 7 Nr. 2 RV. zur Strafgesetzgebung nur eine beschränkte sei, und daß bei gewissen Arten von Delikten die Länder durch keine reichsrechtlichen Vorschriften gebunden seien, noch gebunden werden können.

[1]) Vgl. Olshausen Anm. 14 zu § 2 EGSTGB., Anm. 4 zu § 5 EGSTGB.; Leipziger Kommentar Anm. 2 zu § 5 EGSTGB.

Diese von Graf Dohna[2]) und dem sich ihm im wesentlichen anschließenden Thoma[3]) aufgestellte Lehre behauptet, daß mit Strafrecht in Art. 7 Nr. 2 RV. nur gemeint sei „das Schutzrecht der Lebensbedingungen der sozialen Gemeinschaft, die sich darstellen als die primitivsten Normen, die das ethische Minimum kennzeichnen, ohne daß die soziale Gemeinschaft nicht bestehen kann". (Graf Dohna a. a. O.) „Strafrecht im Sinne des Art. 7 RV. ist vielmehr nur das echte Kriminalrecht, dessen Normen im Grunde schon im sittlichen Bewußtsein lebendig sind und dessen Strafsanktionen Schutz der Daseinsbedingungen der Gesellschaft überhaupt dienen". (Thoma a. a. O.). Diese Meinung hält also die Bindung der Länder an die § 5 ff. EGSTGB. offenbar nur insoweit für gegeben, als es sich um Strafen des kriminellen Unrechts handelt.

Diese Lehre ist eingehend widerlegt worden von Anschütz, RV. Art. 7 Nr. 4, und Grau S. 358 ff. Es ist vor allem hervorzuheben, daß man sich schon unter der Herrschaft der alten Reichsverfassung darüber einig war, daß Art. 4 Nr. 13, der dem Art. 7 Nr. 2 der neuen Reichsverfassung entspricht, dem Reich die Kompetenz gab, nach freiem Ermessen die Tatbestände des Unrechts festzustellen und mit Strafdrohungen zu versehen, selbst wenn das Reich damit eine Regelung traf, zu der es sonst nicht kompetent gewesen wäre. (Vgl. insbes. Haenel S. 467). Wenn nun die neue Reichsverfassung diese Bestimmungen unverändert übernimmt, so sanktioniert sie die damals herrschende Lehre. Die Durchführung der Dohna'schen Ansicht wäre auch praktisch unmöglich. Es würden zahllose schwer zu entscheidende Grenzfälle geschaffen werden und da von der Entscheidung der Frage, ob die betreffenden Normen „primitivste" Normen sind oder nicht, die Wirksamkeit der betreffenden Strafdrohungen und vielleicht ganzer Gesetze abhängig wäre, würde eine nicht übersehbare Rechtsunsicherheit hervorgerufen werden.

Es gibt aber doch Strafarten, bei denen die Länder nicht an die §§ 5 ff. EGSTGB. gebunden sind. Es ist das der Fall bei den echten Zwangsstrafen, die ja auch materiell keine echten Strafen sind, ferner bei den Disziplinarstrafen. Es wird ferner gesagt, daß bei den nichtkriminellen Ordnungsstrafen

---

[2]) Verw. Arch. Bd. 30, S. 233 ff.
[3]) Thoma, Festgabe für das OVG., S. 201 ff.

die Länder freie Hand haben (Frank zu § 6 EGSTGB.). Diese Behauptung ist in ihrer Allgemeinheit unzutreffend und auch nichtssagend, da es einen allgemein anerkannten Begriff „Ordnungsstrafe" nicht gibt. (Vgl. S. 16 der Arb.) Sie ist aber, abgesehen von den schon erwähnten Fällen der Zwangs- und Disziplinarstrafen, zutreffend für die Fälle der Ordnungsstrafen zum Schutz besonderer staatlicher Gewaltverhältnisse, insbesondere eines staatlichen Verfahrens, also bei den Ordnungsstrafen „im engsten Sinn". (Vgl. Haenel S. 454 ff. und S. 15 d. Arb.). Aehnlich auch Jellinek, Verw. Recht S. 334, der für die Frage der Anwendung des § 413 StPO. den Zwangs-, den Ungebühr-, den Verbands-, den Disziplinarstrafen oder ähnlichen für den Schutz besonderer Gewaltverhältnisse vorgesehenen Strafen eine Ausnahmestellung zu Teil werden läßt. So ist es z. B. zulässig, daß Preußen in § 261 Wasserges., § 78 Fischereiges. Geldstrafen mit dem Namen „Ordnungsstrafe" androht. Wen man in dieser Hinsicht eine reichsrechtlich nicht beschränkte Ordnungsstrafgewalt der Länder anerkennt, so liegt das daran, daß diese Strafen, obwohl sie begrifflich ebenfalls echte Strafen sind, auf Grund der Eigenart und Geringfügigkeit des ihnen zu Grunde liegenden Delikts eine besondere Rolle neben dem allgemeinen Strafrecht spielen.

Daß diese Beschränkung der Länder auf die Strafen zum Schutz besonderer Gewaltverhältnisse keine klare, eindeutige Trennung zwischen den Strafen, die den §§ 5 ff. EGSTGB. unterworfen und nicht unterworfen sind, enthält, ist allerdings zuzugeben. Es erscheint aber verfehlt, deswegen, weil eine eindeutige Trennung in dieser Hinsicht nicht möglich ist, die Ansicht zu vertreten, daß es überhaupt nicht zulässig sei, jenen Strafen eine Ausnahmestellung zuzuerteilen und daß überhaupt die Länder bei allen Strafen nicht an die §§ 5 ff. ESTGB. gebunden seien, sofern diese Strafen Rechtnachteile geringerer Art darstellen als die Strafen des STGB. Dieser Ansicht ist Schäfer RuPrVBl. Bd. 52 S. 173. Er benennt eine Anzahl Strafen, die den Namen Ordnungsstrafe tragen und die alle mehr oder weniger bestimmt sind, dem Schutz eines besonderen staatlichen Gewaltverhältnisses zu dienen und stellt fest, daß die Befugnis der Länder, solche Ordnungsstrafen zu schaffen, bisher nie bezweifelt worden sei. Er folgert dann, daß die Beschränkung des Anwendungsgebietes der Ordnungs-

strafen, wie sie Jellinek vornimmt, nicht gerechtfertigt sei, da es keinen begrifflichen Unterschied zwischen den Ordnungsstrafen, wie sie Jellinek meint, und einer Ordnungsstrafe, wie es seiner Meinung nach das Zwangsgeld ist, gebe. Höchstens der betroffene Personenkreis sei bei dem Zwangsgeld größer als bei Verbandsstrafen, Ungebührstrafen usw. Der Unterschied zwischen kriminellen Strafen und Ordnungsstrafen bestehe darin, ob der Gesetzgeber selbst die auf Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes gesetzte Reaktion als Strafe oder als einen Rechtsnachteil geringerer Art kennzeichne.

Diese Ansicht würde also zu dem Resultat führen, daß es den Ländern offensteht, bei allen Delikten, wo sie überhaupt zur Gesetzgebung kompetent sind, ohne reichsrechtliche Bindung nach freiem Ermessen ein von dem Strafgesetzbuch verschiedenes Strafensystem zu schaffen, sofern sich die Strafen als Rechtsnachteile geringerer Art gegenüber den Strafen des Strafgesetzbuchs darstellen.

Gegen diese Ansicht ist zunächst zu sagen, daß sie ebenfalls in keiner Weise klarstellen würde, wann die §§ 5 ff. EGSTGB. Anwendung finden und wann nicht. Zwar würde der Streit um die Frage beseitigt sein, ob eine Strafe zum Schutz eines besonderen Gewaltverhältnisses vorliegt, es würde aber dann ebenso die Frage streitig werden, ob die betreffende Strafe ein Rechtsnachteil minderer Art gegenüber den Strafen des STGB. ist, zumal ein qualitativer Unterschied niemals bestehen würde.

Es spricht ferner gegen diese Ansicht, daß sie den Zweck der §§ 5 ff. EGSTGB., einheitliche Strafen für das ganze Reich, insbesondere auch einheitliche Geldstrafen zu schaffen, völlig durchkreuzen würde. Während die Ordnungsstrafen im gekennzeichneten engeren Sinne immer selten bleiben werden, wie das positive Recht beweist, würde die Zulassung einer allgemeinen Ordnungsstrafgewalt der Länder, wie sie Schäfer vertritt, unzählige Anwendungsfälle finden, da, wie bereits bemerkt, die Art des Delikts keine Einschränkung mit sich bringen würde. Die Länder würden auch nicht einmal gehindert sein, bei Unrechtstatbeständen, die denen des Strafgesetzbuchs gleichstehen, — praktisch kommen Delikte von der Bedeutung der Uebertretungstatbestände in Frage — Geldstrafen, die nicht mit den §§ 5 ff. ESTGB. vereinbar sind, zu

verhängen. Maßgebend würde dann nur sein die Frage der Angemessenheit und die landesrechtliche Kompetenz im Rahmen des § 2 EGSTGB. Eine derartig weitgehende, die §§ 5 ff. ESTGB. hinsichtlich der Geldstrafen nahezu gegenstandslos machende Kompetenz scheint mit den §§ 5 ff. ESTGB. nicht vereinbar.

Es liegt auch kein Anlaß vor, von dieser Ansicht abzuweichen, wenn diese Strafen in Gestalt von polizeilichen Maßregeln erscheinen. Zwar wird allgemein angenommen, daß die Länder bei der Gestaltung polizeilicher Maßregeln freie Hand haben[4]). Es kann das aber nur als richtig angesehen werden für die sichernden Maßnahmen, die neben der Strafe möglich sind, wie z. B. die Stellung unter Polizeiaufsicht und Ueberweisung an die Landespolizeibehörde. Bei der Festsetzung von Strafen durch die Polizei sind die Beschränkungen der §§ 5 ff. EGSTGB. ebenfalls gegeben[5]).

Damit ist der Umfang der Bindung an die §§ 5 ff. EGSTGB. — soweit er hier in Betracht kommt — klargestellt, und es folgt nach alledem die Unzulässigkeit, der Strafe für die Uebertretung einer Polizeiverordnung den Namen „Zwangsgeld" zu geben, denn dieses Zwangsgeld ist keine Strafe zum Schutz eines besonderen Gewaltverhältnisses, sondern eine Strafe des allgemeinen Strafrechts. (S. 12 d. Arbeit.)

Auch aus der Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. 2. 24 RGBL. I S. 44 läßt sich nicht, wie Schäfer JR. S. 174, Kerstiens RuPrVBl., Bd. 52 S. 312, Dronsch RuPrVBl. Bd. 52 S. 926 ff. annehmen, die gegenteilige Ansicht herleiten. Wenn auch Art. II dieser Verordnung Zwangs- und Ordnungsstrafen kennt und Art. II nach Art. VIII Abs. 1 auch für das Landesrecht Anwendung findet und außerdem Art. VIII Abs. 2 den Ländern gestattet, von der Verordnung abweichendes zu bestimmen, so ist damit in keiner Weise gesagt, daß die Strafgesetzgebung der Länder hinsichtlich der Geldstrafen nicht mehr den Beschränkungen der §§ 5 ff. EGSTGB. unterliegen soll. Die Verordnung besagt darüber, was für Strafen die Länder androhen dürfen, überhaupt nichts. Sie will nur Bestimmungen über die Nennbeträge von Geldstrafen treffen, da

[4]) Vgl. z. B. Frank zu § 6, EGSTGB. Leipziger Kommentar § 5, Nr. 7 EGSTGB.

[5]) Derselben Ansicht anscheinend Frank, Studien zum Polizeistrafrecht, S. 9, Kommentar Vorbem. z. 29. Abschnitt II, 2.

durch die Inflation eine Regelung in dieser Hinsicht erforderlich geworden war. Wenn auch Art. VIII in Verbindung mit Art. II davon ausgeht, daß es landesrechtliche Ordnungsstrafen gibt, so sind damit nur Ordnungsstrafen gemeint, deren Zulässigkeit an sich schon gegeben ist, also z. B. die Ordnungsstrafen der § 261 Preuß. Wassergesetz, § 78 Preuß. Fischereigesetz. Die Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen ist daher für vorliegenden Fall nichtssagend.

Man kommt also zu dem Ergebnis, daß die Androhung von Zwangsgeld in Polizeiverordnungen mit dem Reichsrecht nicht vereinbar ist, und zwar, weil sie gegen die §§ 5 ff. EGSTGB. verstößt.

b)

Eine besondere Betrachtung verdienen die Fälle, in denen Zwangsgeld angedroht wird, wo daneben das Reichsrecht Uebertretungsstrafen androht, nämlich die Fälle der §§ 366 Nr. 10, 367 Nr. 2, 367 Nr. 14, 368 Nr. 1, 2, 8, STGB., § 21 Kraftfahrzeugges. Nachdem § 76 Abs. 2 durch § 33 der Verordnung vom 3. 9. 32 Preuß. Ges. S. 283 gestrichen worden ist und nachdem der Ministerialerlaß vom 1. 10. 31. MBl. i. V. S. 924, der eine dem § 76 Abs. 2 entsprechende Einschränkung für zukünftige Polizeiverordnungen traf, durch Erlaß vom 19. 9. 32. MBl. i. V. S. 953 geändert worden ist, ist die Möglichkeit einer Androhung von Zwangsgeld in diesen Fällen stets gegeben.

Für diese Fälle verneint auch Schäfer JR. S. 176 grundsätzlich die Zulässigkeit einer Androhung von Zwangsgeld. Nur die Schriftsteller, die in dem Zwangsgeld eine echte Beugestrafe sehen (vgl. S. 3/4 d. Arb.), vertreten die Ansicht, daß auch in diesen Fällen die Androhung von Zwangsgeld zulässig sei u. zw. gestützt auf die Plenarentscheidung des OVG. vom 13. 2. 29 Bd. 84 S. 276, wo das OVG. unter Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung die Festsetzung von Beugestrafen auch dann für zulässig erklärt, wenn die Handlung außerdem mit Strafe bedroht ist. Der Hinweis auf diese Entscheidung ist aber durchaus nicht zwingend, da sie sich nur mit dem Fall der Androhung einer Zwangsstrafe für den Einzelfall befaßt, während es sich hier um einen generell angedrohten Rechtsnachteil handelt, der begrifflich durchaus verschieden

ist von den im Einzelfall angedrohten Zwangsmitteln. (Vgl. S. 10 d. Arb.).

Die Festsetzung von Zwangsgeld neben einer gesetzlich angedrohten Strafe verbietet der reichsrechtliche Grundsatz ne bis in idem. Es kann aber zweifelhaft sein, ob der Satz ne bis in idem auch dann durchgreift, wenn die Festsetzung der gesetzlich angedrohten Strafe aus irgend einem Grunde endgültig ausgeschlossen ist, z. B. wenn das Gericht gemäß § 153 Abs. 3 STPO. das Verfahren eingestellt hat. In diesen Fällen hält Schäfer a. a. O. die Festsetzung von Zwangsgeld für zulässig. Hierin kann Schäfer aber ebenfalls nicht beigetreten werden. Außer dem Grundsatz ne bis in idem führt in den Fällen der Konkurrenz mit einer reichsrechtlichen Strafdrohung auch schon die Tatsache zur Unzulässigkeit einer landesgesetzlichen Strafdrohung, daß überhaupt eine reichsgesetzliche Regelung vorliegt. Wenn das Reichsrecht bestimmt, daß auf Verstöße gegen gewisse landesrechtliche Polizeiverordnungen die Uebertretungsstrafe folgt, so ist eine abweichende landesrechtliche Regelung dergestalt, daß auf den Verstoß gegen diese Polizeiverordnungen Zwangsgeld folgt, gem. § 2 EGSTGB. Art. 13 RV. unzulässig. Die Länder haben nach § 2 EGSTGB. nur die Kompetenz zur Strafgesetzgebung in Materien, die nicht Gegenstand des STGB. sind. Es kann dahin gestellt bleiben, wie weit der Begriff Materie in § 2 EGSTGB. reicht und inwieweit der 29. Abschnitt des STGB. ein Polizeistrafrecht der Länder zuläßt. Die reichsrechtliche Regelung eines Einzeldelikts ist jedenfalls immer so erschöpfend anzusehen, daß die Länder weder Ergänzungen zufügen und noch viel weniger Bestimmungen vorliegender Art treffen können, die mit der reichsrechtlichen Regelung geradezu in Widerspruch stehen (vgl. auch Frank § 2 EGSTGB. II, 2). Es ist daher in den Fällen, wo das Reichsrecht Uebertretungsstrafen androht, die Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld aus diesen besonderen Gründen unzulässig, u. zw. gleichgültig, ob die Möglichkeit der Festsetzung der Uebertretungsstrafe besteht oder nicht.

Der Grundsatz ne bis in idem gilt übrigens auch für die Fälle, wo in Landesgesetzen Strafen angedroht werden, z. B. in den § 374 ff. Pr. Wasserges., 125 ff. Pr. Fischereiges. Wenn auch diese Gesetze in § 378 bzw. 130 neben der Strafe die Festsetzung von polizeilichen Beugestrafen zulassen, so gilt

das nur für den Rechtsnachteil, der bisher als Beugestrafe angesehen wurde, nämlich der Geldstrafe zur Erzwingung eines Verhaltens im Einzelfall.

III.

Unzulässigkeit der Festsetzung des Zwangsgeldes unter Ausschluß des Rechtsweges.

a)

Neben der Namensänderung ist die bedeutsamste Rechtsänderung, die mit der Schaffung des Zwangsgeldes verbunden ist, die Bestimmung des § 57 Abs. 1, daß gegen die Festsetzung eines Zwangsmittels im Falle des § 33 die gleichen Rechtsmittel gegeben sind, wie gegen polizeiliche Verfügungen, also Beschwerde mit anschließendem Verwaltungsstreitverfahren. § 57 schließt also gegenüber der Festsetzung von Zwangsgeld die Anrufung der ordentlichen Gerichte aus und schafft damit eine erhebliche Verminderung des Rechtsschutzes, da die zu Rechtsmittelinstanzen bestimmten Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte, abgesehen von dem OVG., nicht die verfassungsmäßigen Garantien einer unabhängigen Rechtsprechung haben wie die ordentlichen Gerichte. Man hofft sogar, auch den Bezirksausschuß vielfach ausschalten zu können, indem man von der Bestimmung des § 64 Abs. 3 LVG., wonach der Vorsitzende unter Umständen allein entscheiden kann, häufig Gebrauch machen will. (Vgl. Kerstiens RuPRVBl. Bd. 52 S. 146 ff.).

Angesichts der Wichtigkeit dieser Frage steht daher auch die Erörterung, ob diese Regelung mit dem Reichsrecht vereinbar ist, im Vordergrund aller Besprechungen des neuen Polizeiverwaltungsgesetzes. Die Zulässigkeit der Regelung wird von der herrschenden Meinung (vgl. S. 3/4 d. Arb.) bejaht u. zw. mit der Begründung, daß das Zwangsgeld eine echte Beugestrafe sei, bei der niemals eine Bindung der Länder in verfahrensrechtlicher Hinsicht durch Vorschriften des Reichsrechts angenommen worden sei. Wie schon mehrfach hervorgehoben, ist dieser Hinweis auf die früheren echten Zwangsstrafen nichtssagend, da bisher unter echten Beugestrafen immer nur solche Rechtsnachteile verstanden worden

sind, die zur Erzwingung eines Verhaltens im Einzelfall bestimmt waren. Im übrigen steht und fällt diese Ansicht mit dem bereits geführten Nachweis, daß das Zwangsgeld eine echte Strafe ist. Von den Schriftstellern, die das Zwangsgeld als Strafe ansahen, bejahen Schäfer a. a. O. und John a. a. O. die Zulässigkeit dieser verfahrensrechtlichen Regelung. Es wird daher im wesentlichen darauf ankommen, die Meinung dieser Schriftsteller zu widerlegen.

Um diese Streitfrage entscheiden zu können, ist zunächst erforderlich, grundsätzlich klar zu stellen, wie weit die Länder berechtigt sind, bei der Festsetzung von Strafen die ordentlichen Gerichte auszuschließen. Sehr weit geht in dieser Hinsicht Stein S. 43 ff. Er ist der Ansicht, daß die Länder befugt sind, alle Strafsachen den ordentlichen Gerichten zu entziehen und Verwaltungsbehörden zu übertragen. Er meint sogar, ein Landesgesetz, das die Aburteilung von Verbrechen dem Landrat in erster und dem Regierungspräsidenten in zweiter Instanz überträgt, sei in thesi gültig. Er bezieht seine Ansicht also nicht nur auf die landesgesetzlichen Strafen, die angedroht werden können in Materien, in denen das Reich den Ländern die Befugnis zur Strafgesetzgebung nicht genommen hat, (§ 2 EGSTGB.), sondern auch auf die Strafen des Reichsrechts, denn nur das Reich ist befugt, Verbrechensstrafen, nämlich Zuchthaus, anzudrohen (§ 5 EGSTGB.)[1]). Stein stützt seine Ansicht auf § 13 GVG. Er meint, § 13 behandle die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und die Strafsachen völlig gleich. Beide gehören nach § 13 GVG. nur insoweit vor die ordentlichen Gerichte, als nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden begründet sei. „Wenn daher für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten der § 13 die Kapitulation vor dem Landesrecht jedenfalls in dem Sinne bedeutet, daß die Landesgesetze sie blindlings an die Verwaltungsbehörden überweisen können, so muß demnach für die Strafsachen dasselbe gelten. Auch § 6 EGSTPO. stehe dem nicht entgegen".

Eine ähnliche Meinung vertritt Friedrichs, Goltd. Arch. Bd. 75 S. 321 ff. Er weist ebenfalls auf § 13 GVG. hin und meint, daß diese Vorschrift wegen der Strafsachen ebenso verstanden werden müsse, wie sie wegen der Zivilsachen allgemein verstanden werde und daß also das Landesrecht einer

---

[1]) Derselben Ansicht wie Stein ist auch Gerland, S. 29.

Verwaltungsbehörde oder einem Verwaltungsgericht die Zuständigkeit zur Aburteilung von Strafsachen bis zu den schwersten hinaus übertragen könne. Nur bei den praktisch wichtigsten Anwendungsfällen des § 13, bei Polizei- und Finanzsachen, mache die Strafprozeßordnung in den §§ 413 und 419 Ausnahmen. Wenn also der Gemeindevorsteher oder der Kreis- oder Bezirksausschuß zum Richter erster Instanz bestellt sein würde, sei gegen den Ausschluß des Rechtsweges bei dem Zwangsgeld nichts einzuwenden, aber die Polizeibehörde kann Strafen nicht in anderer Weise verhängen als nach § 413 STPO. Er hält demnach den Ausschluß des Rechtsweges im vorliegenden Falle für unzulässig.

Nicht ganz so weit wie diese Schriftsteller geht Hofacker, Staatsverwaltung und Strafrechtsreform S. 281 ff., S. 156. Er lehnt die Lehre Steins insoweit ab, als sie sich auf reichsgesetzliche Strafe bezieht. Er nimmt aber an, daß die Länder in Materien, wo ihnen das Reichsrecht freie Hand läßt, ein Verwaltungsstrafrecht unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte begründen können. Die Wassergesetze könnten seiner Ansicht nach beispielsweise mit folgenden Strafbestimmungen abschließen: Die zuständige Verwaltungsbehörde kann Verfehlungen gegen . . . mit Verwaltungsstrafe . . . endgültig bestrafen.

Die Ansicht dieser Schriftsteller ist abzulehnen. Bei Berücksichtigung des § 13 GVG. allein kann man allerdings zu der Steinschen Folgerung kommen, wie sie für das bürgerliche Recht auch allgemein gezogen wird. (Vgl. z. B. Loewe-Rosenberg Anm. 1 b zu § 13 GVG.). Bei den Strafsachen liegen die Dinge aber anders. Zwar wird man Stein auch darin Recht geben müssen, daß § 6 Abs. 1 EGSTPO. nicht gegen seine Ansicht spricht, wie Loewe-Rosenberg Anm. II, 4 zu § 13 GVG. annimmt. Nach § 6 Abs. 1 EGSTPO. treten die landesgesetzlichen Strafprozeßvorschriften für alle Strafsachen außer Kraft, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 3 EGSTPO. nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zu erfolgen hat, also für alle Strafsachen, die vor die ordentlichen Gerichte gehören. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Länder keine Prozeßvorschriften erlassen können, auf Grund derer die ordentlichen Gerichte nicht zuständig sind, denn § 6 Abs. 1 a. a. O. gilt ja nur für den Fall, daß die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Dagegen ist zunächst aus der Entstehungsgeschichte des § 13

GVG. zu entnehmen, daß die Länder nicht eine derart weitgehende verfahrensrechtliche Kompetenz haben. (Vgl. darüber Loewe-Rosenberg Anm. II, 4 zu § 13 VGV.). Vor allem aber ist aus den §§ 413 und 419 STPO. zu entnehmen, daß eine solche Kompetenz der Länder nicht besteht. § 413 STPO. gestattet von Seiten des Reichsrechts den Polizeibehörden, also der Behörde, die neben den Finanzbehörden für die Verhängung von Strafen hauptsächlich in Frage kommt, die Festsetzung von Uebertretungsstrafen, also von Geldstrafen bis zu 150 RM und Ersatzhaft. Er schreibt aber in Abs. 3 weiterhin vor, daß gegen solche polizeiliche Straffestsetzungen immer der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegeben sein muß. Allerdings erweckt die Fassung des § 413 Abs. 3 mehr den Eindruck, daß er eine Vorschrift darüber enthalte, was alles zu dem notwendigen Inhalt einer polizeilichen Strafverfügung gehört, aber es ist nicht zu bezweifeln, daß er daneben eine diesem Inhalt entsprechende materielle Regelung treffen will. Ob die neben dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach Abs. 3 zulässige Beschwerde an die höhere Polizeibehörde ergriffen wird, die dann allerdings endgültig entscheidet, hängt ab von dem Belieben des Betroffenen und von dem gesetzlichen Vorhandensein einer solchen Beschwerdemöglichkeit, wie sie Preußen erst in dem neuen Gesetz geschaffen hat. (§ 62). Die grundsätzlich gleiche Regelung enthält § 419 STPO. für Strafbescheide der Finanzbehörden. Es ist nicht anzunehmen, daß, weil die STPO. nur die Polizei- und Finanzbehörden nennt, eine dem § 413 entsprechende Einschränkung für die Straffestsetzungen anderer Verwaltungsinstanzen nicht gegeben sein soll. Wenn die §§ 413, 419 STPO. nur die Polizei- und Finanzbehörden nennen, so liegt das daran, daß diese Behörden für die Festsetzung von Strafen hauptsächlich in Frage kommen und es überflüssig schien, für andere Behörden eine entsprechende Regelung zu treffen. Es wäre sachlich durch nichts gerechtfertigt, daß bei einer Strafverfügung des Amtsvorstehers der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegeben sein muß, und daß bei einer Strafverfügung des Gemeindevorstehers (als Selbstverwaltungsorgan), für die dann auch nicht die Einschränkung des Strafmaßes durch § 413 gelten würde, der Rechtsweg fehlen kann. Es ist daher anzunehmen, daß die § 413 ff. STPO. einen allgemeinen Grundsatz u. zw. den enthalten, daß es den Ländern nur offen steht, bei Geld-

strafen bis 150 RM die Straffestsetzungsbefugnis von Verwaltungsbehörden zu begründen und daß auch diese Befugnis immer nur insofern eine provisorische sein darf, als immer der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegeben sein muß. (Ebenso Loewe-Rosenberg Anm. II, 6 zu § 13 GVG.). Dieser Grundsatz gilt insbesondere auch für das sogenannte Polizei- oder Verwaltungsunrecht. Wenn § 413 Abs. 3 STPO. vorschreibt, daß bei Uebertretungen der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegeben sein muß, so bezieht er sich auch auf das Polizeiunrecht, da die meisten Uebertretungstatbestände Fälle des Polizeiunrechts darstellen. De lege lata steht es also den Ländern nicht frei, nach ihrem Ermessen ein Verwaltungsstrafrecht zu begründen u. zw. auch dann nicht, wenn es sich um Polizeidelikte handelt[2]). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird, abgesehen von den echten Zwangsstrafen im Einzelfall und den Disziplinarstrafen, nur für die Ordnungsstrafen im engsten Sinne (vgl. S. 15 d. Arb.) anzunehmen sein, da diese Ordnungsstrafen auch hier die besondere Rolle spielen, die bereits zu der Annahme veranlaßte, daß für sie nicht die §§ 5, 6 EGSTGB. gelten.

Allerdings ist auch das Zwangsgeld, wenn auch keine der ebengenannten Ordnungsstrafen, so doch auch keine Uebertretungsstrafe im formellen Sinne des § 1 Abs. 3 STGB., da das Zwangsgeld, wie im ersten Kapitel dargestellt, nicht einer Geldstrafe im Sinne des § 1, Abs. 3 STGB gleichzusetzen ist, sondern dieser gegenüber ein Uebel leichterer, harmloserer Art darstellt. Man kommt also zu der Frage, ob die Regel des § 413 Abs. 3 STPO. auch dann gilt, wenn die Polizei Geldstrafen leichterer Art androht als die Uebertretungsstrafen, auf die sich § 413 STPO. dem Wortlaut nach nur bezieht. Voraussetzung für diese Betrachtung ist naturgemäß, daß man im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht (Kap. II, a), die materielle Zulässigkeit einer solchen Strafe bejaht.

Die Frage, ob die Länder bei anderen, leichteren Geldstrafen als die Uebertretungsstrafen freie Hand haben, hat Jellinek Verwaltungsrecht S. 334 bereits vor Schaffung des Zwangsgeldes verneint. Er hält landesgesetzliche Vorschriften, die die Verhängung echter Geldstrafen ausschließlich Verwal-

---

[2]) Ebenso Hartmann DJZ. Bd. 7, S. 682, Jellinek Verwalt.-Recht, S. 334, Erik Wolf, S. 516.

tungsbehörden übertragen, für unvereinbar mit dem Reichsrecht und führt dann aus: „Auch die Bezeichnung einer Strafe als bloße Ordnungsstrafe nützt dem Landesgesetzgeber nichts, insofern er mit diesem Ausdruck nicht eine Zwangs-, eine Ungebühr-, eine Verbands-, eine Disziplinarstrafe oder eine ähnliche für den Schutz besonderer Gewaltverhältnisse vorgesehene Strafe meint. Sonst könnte das Land auf dem Umweg über die Ordnungsstrafe die Aburteilung aller der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Straftaten den ordentlichen Gerichten entziehen, was doch die STPO. vermeiden will".

Eine anscheinend etwas weitergehende Kompetenz der Länder nimmt Kaufmann S. 699 an. Er führt aus, daß bei den nichtkriminellen Strafen, den sogenannten Ordnungsstrafen im weitesten Sinne, wie Haenel[3]) sie meint, die Länder den Rechtsweg ausschließen können, und daß, wie auch die RVO. z. B. in den §§ 530, 908 ff. den Begriff der Ordnungsstrafe sehr weit faßt, die Länder die Möglichkeit besitzen, eine den bisherigen Umfang etwas überschreitende, den Gerichten entzogene Ordnungsgewalt zu üben.

Die Meinung Kaufmanns ist zu unklar gefaßt, um zu entscheiden, inwieweit sie für den vorliegenden Fall von Bedeutung ist. Die Ausführungen Jellineks a.a.O. ergeben aber ganz klar, daß die Länder auch bei Geldstrafen von geringerer Art als die Uebertretungsstrafen den Rechtsweg nicht ausschließen können und daß demgemäß auch gegen die Festsetzung von Zwangsgeld der Rechtsweg gegeben sein muß, welche Folgerung Jellinek auch zieht[4]).

Entgegen der Ansicht Jellineks nimmt Schaefer JR. S. 172 ff. an, daß bei solchen Rechtsnachteilen minder schwerer Art als die Uebertretungsstrafe des STGB. die Länder an § 413 STPO. ebensowenig wie an die § 5 ff. EGSTGB. gebunden seien und stützt sich hierbei auf dieselbe Begründung, die ihn zu der Ansicht veranlaßte, daß die Länder bei der Schaffung solcher Rechtsnachteile nicht an die § 5 ff. EGSTGB. gebunden seien. (Aehnlich auch Cohn a.a.O.)

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, und es ist den Ausführungen Jellineks in vollem Umfange beizutreten. Es liegt kein Grund für die Annahme vor, daß der Grund-

[3]) Haenel S. 454 ff. meint damit die Disziplinarstrafen, die echten Zwangsstrafen und die Ordnungsstrafen im engsten Sinne.

[4]) Vgl. RuPRVBl. Bd. 52, S. 42 und S. 122.

satz des § 413 Abs. 3 dann nicht gelten soll, wenn minder schwere Strafen als die Uebertretungsstrafen im Sinne des § 1 Abs. 3 STGB. festgesetzt werden. Der § 413 STPO. wurde in den 70 er Jahren des vorigen Jahrhunderts geschaffen, also zu einer Zeit, wo die Verwaltungsgerichtsbarkeit noch in dem Anfangsstadium steckte. Eine Ueberlassung der Gerichtsbarkeit bei Strafmaßnahmen der Polizei an die Verwaltungsbehörden und Gerichte bot daher nicht die Garantien für einen Rechtsschutz, wie ihn der Rechtsstaat erfordert, und die ordentlichen Gerichte mußten daher als die einzigen Instanzen erscheinen, die für den Rechtsschutz gegenüber der Polizei überhaupt in Frage kamen. Man muß daher annehmen, daß der damals geschaffene § 413 STPO. davon ausgeht, daß gegen alle Straffestsetzungen durch Polizeibehörden, also auch bei Geldstrafen minderen Grades als die Uebertretungsstrafen, der Rechtsweg gegeben sein muß. Der damaligen Rechtsauffassung muß aber auch heute bei der Auslegung des § 413 STPO. Rechnung getragen werden, wie es z. B. auch allgemein anerkannt ist, daß der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" in § 13 GVG. so auszulegen ist, wie er in den 70 er Jahren verstanden worden ist (vgl. z. B. RGZ., Bd. 92, S. 310 ff., Bd. 93, S. 79).

Für das Zwangsgeld gilt noch folgendes. Die Höhe des Rechtsnachteils lediglich in vermögensrechtlicher Hinsicht hält sich in demselben Rahmen wie bei der Uebertretungsstrafe. Das Zwangsgeld stellt sich, wie in Kap. 1 dargelegt worden ist, nur deswegen als Strafe geringeren Grades als die Uebertretungstrafe dar, weil es nicht den Namen „Strafe" trägt und vor allem, weil ihm der krimminelle Charakter nach außen genommen ist. Der kriminelle Charakter ist ihm deshalb genommen, weil die Aburteilung nicht mehr im ordentlichen Strafverfahren geschehen kann und zwar lediglich deshalb, denn würde die Festsetzung von Zwangsgeld in den Händen der ordentlichen Gerichte geblieben sein, so wäre der kriminelle Charakter gewahrt geblieben, wie z. B. auch die Ordnungsstrafen in § 413 RAO, § 18 Pr. Stempelsteuergesetz als kriminelle Strafe bezeichnet werden (vgl. Schaefer JR. S. 172). Die Tatsache, daß das Zwangsgeld eine nichtkriminelle Strafe im formellen Sinne ist, kann aber keinesfalls benutzt werden, um den Ausschluß des Rechtsweges zu rechtfertigen. Wenn z. B. Schaefer JR. 1931, S. 172, schreibt, daß

der Landesgesetzgeber bei der Festsetzung nichtkrimineller Rechtsnachteile durch keine prozessuale Vorschrift des Reichsrecht gebunden sei, und dann zur Rechtfertigung der Behauptung, daß das Zwangsgeld eine nichtkriminelle Strafe ist, unter anderem anführt, daß auch der Umstand nicht ganz ohne Bedeutung sei, daß die Ahndung nicht in einem Strafprozeß mit öffentlicher Verhandlung erfolge, so ist das offenbar ein circulus vitiosus. Mit andern Worten ausgedrückt besagt diese Ansicht: Dort, wo die Länder den Rechtsweg ausgeschlossen haben, dürfen sie den Rechtsweg ausschließen, und beantwortet nicht die Frage, auf die es hier ankommt, nämlich, ob es zulässig war, den Rechtsweg auszuschließen, also, ob es zulässig war, die Strafe zu einer nichtkriminellen zu machen. Die Tatsache also, daß das Zwangsgeld dadurch zu einem Rechtsnachteil harmloserer Art geworden ist, daß ihm der kriminelle Charakter genommen ist, ist somit nicht bei der Frage zu berücksichtigen, ob die Regelung des neuen Gesetzes mit § 413 STPO. vereinbar ist.

Es bleibt also nur die Namensänderung, auf die die Ansicht, daß der Ausschluß des Rechtsweges gerechtfertigt sei, gegründet werden könnte. Wenn aber auch die Namensänderung bewirkt, daß sich der Verstoß gegen eine Polizeiverordnung nicht mehr formell als Uebertretung im Sinne des § 1 Abs. 3 STGB. darstellt und auch durch Vermeidung des Wortes Strafe der Rechtsnachteil harmloser wird, so erscheint doch die bloße Namensänderung unter zahlenmäßiger Beibehaltung des Strafmaßes als eine zu unmaßgebliche Rechtsänderung, als daß sie den Ausschluß des Rechtsweges rechtfertigen könnte. Eine solche Regelung muß „als glatte Umgehung des § 413 STPO" (Jellinek RUPRVBl. Bd. 52, S. 122) bezeichnet werden.

Die Bestimmungen über das Zwangsgeld in Polizeiverordnungen im neuen preuß. Polizeiverwaltungsgesetz sind also sowohl in materieller wie in prozessualer Hinsicht nicht mit dem Reichsrecht vereinbar. Sie sind daher gemäß Art. 13 RV. unwirksam. Der Verstoß gegen § 413 StPO. enthält außerdem einen Verstoß gegen Art. 105 RV., wonach niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden kann.

Lebenslauf.

Ich wurde am 2. März 1909 als Sohn des Rittergutsbesitzers Fritz Gaebel und seiner Ehefrau Anna Elisabeth geb. Rudolph zu Rachen Kr. Neumarkt i. Schl. geboren. Von 1915—1918 besuchte ich die ev. Volksschule in Oberschreiberhau und von Ostern 1918 ab das Realgynasium am Zwinger in Breslau, wo ich im März 1927 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte hierauf in Breslau sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaft. Am 9. Februar 1931 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und befinde mich seit dem 9. März 1931 im Vorbereitungsdienst als Referendar. Am 5. Juli 1933 bestand ich das mündliche Doktorexamen.

Breslau, im September 1933.

Friedrich Gaebel.